

PEERAER, F., “De inhoud van het transparantiegebod en de mogelijkheid tot aanvulling van intransparante kernbedingen in richtlijn 93/13” (noot onder HvJ 30 april 2014), *TBH* 2015, afl. 7, 693-700.

[693]

De inhoud van het transparantiegebod en de mogelijkheid tot aanvulling van intransparante kernbedingen in richtlijn 93/13

Frederik Peeraer¹

I. FEITEN, NATIONALE PROCEDURE EN UITSPRAAK

1. *Inleiding* – In bepaalde lidstaten van de Europese Unie was het niet ongebruikelijk dat consumentenkredietovereenkomsten in vreemde valuta, zoals de Zwitserse frank, werden aangeboden.²⁻³ Vele consumenten maakten gebruik van die mogelijkheid, aangetrokken door de lagere interestvoeten die met een lening in Zwitserse frank gepaard gingen. Enkele jaren geleden zijn echter problemen ontstaan toen als gevolg van de financiële crisis sommige valuta, zoals de Hongaarse forint, zeer sterk in waarde verminderden. Consumenten zijn namelijk verplicht om hun maandelijkse terugbetalingen in Zwitserse frank te verrichten, en die verplichting verzwakt naarmate de forint verzwakt. De problemen zijn voor Hongaarse huishoudens van die omvang dat de Hongaarse regering maatregelen heeft getroffen: zo werd op 25 november 2014 een wet gestemd die banken verplicht om dergelijke kredieten in Zwitserse frank te converteren naar Hongaarse forint tegen de wisselkoers die de Hongaarse centrale bank hanteerde op 7 november 2014 (of tegen de gemiddelde wisselkoers tussen 16 juni 2014 en 7 november 2014), om zo de consument het risico van een verdere waardedaling van de forint niet te laten dragen.⁴

Tegen die bredere achtergrond heeft de *Kúria* (de Hongaarse cassatierechter) enkele zeer specifieke vragen gesteld. Fundamentele vragen, zoals de vraag of bedingen oneerlijk (kunnen) zijn vanwege het enkele feit dat zij in vreemde valuta luiden, zijn niet ter sprake gekomen.⁵ De vragen die wel aan het Hof werden voorgelegd, hebben enkel betrekking op de invulling van het begrip ‘kernbeding’, de inhoud van het transparantiegebod en de gevolgen die een nationale rechter moet trekken indien hij een bepaald beding als oneerlijk aanmerkt.

2. *Feiten, nationale procedure en prejudiciële vragen* – De heer Árpád Kásler en mevrouw Hajnalka Káslerné Rábai sluiten op 29 mei 2008 een overeenkomst met betrekking tot een hypothecaire lening met de Hongaarse OTP Jelzálogbank Zrt ter waarde van HUF 14 400 000. In de overeenkomst wordt gepreciseerd

¹ Frederik Peeraer is als assistent verbonden aan het Instituut voor Verbintenissenrecht, Afdeling Privaatrecht, Faculteit rechtsgeleerdheid van de KU Leuven.

² Zie Conclusie Wahl bij arrest Kásler en Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282), EU:C:2014:85, punten 1 en 2. Zie ook de recente uitspraak van het Hof in de Roemeense zaak Matei en Matei (C-143/13, nog geen ECLI-nummer, 26 februari 2015).

³ Vanaf eind 2008 is het aantal nieuwe consumentenkredietovereenkomsten in CHF drastisch afgenomen, althans voor Hongarije. Zie de grafiek bij Á. BANAI, J. KIRÁLY en M. NAGY, “Home high above and home deep down below? Lending in Hungary” in *Crisis Aftermath: Economic policy changes in the EU and its Member States*, Szeged, University of Szeged, 2012, (36) 57, figuur 19 (ook beschikbaar via http://mpira.ub.uni-muenchen.de/40333/1/MPRA_paper_40333.pdf).

⁴ Zie: <http://www.bloomberg.com/news/articles/2014-11-25/hungary-passes-bills-on-mortgage-conversion-retail-loan-limits>. Voor een overzicht van de situatie in Hongarije voordien, zie: <http://www.ft.com/cms/s/0/6c27cfbc-f50b-11e2-94e9-00144feabdc0.html#axzz3TVQwAckz>.

⁵ Conclusie Wahl, EU:C:2014:85, punt 2.

dat “het bedrag van de lening in vreemde valuta wordt vastgesteld tegen de door de bank toegepaste aankoopkoers van de vreemde valuta op de datum waarop de gelden worden vrijgegeven”⁶. Op basis van die aankoopkoers is het bedrag van de lening vastgesteld op CHF 94 240,84. De kredietnemers krijgen het vermelde bedrag vervolgens in forint ter beschikking en dienen dat bedrag in 25 jaar in maandelijkse termijnen af te lossen. Voor de vaststelling van het bedrag in forint dat maandelijks moet worden afgelost, maakt de bank op basis van een beding in de kredietovereenkomst gebruik van de *verkoopkoers* van de vreemde valuta op de dag voor de vervaldatum.

De kredietnemers zijn van mening dat het vermelde beding oneerlijk is: het beding staat de bank immers toe om de maandelijkse terugbetalingen op basis van de *verkoopkoers* te berekenen, terwijl het ter beschikking gestelde bedrag tegen de *aankoopkoers* werd vastgesteld. Volgens hen geeft die discrepantie met betrekking tot de gehanteerde wissel-

[694]

koers de bank een “eenzijdig en ongerechtvaardigd voordeel” in de zin van § 209 Hongaars BW, waardoor het oneerlijk is.

De rechter in eerste aanleg volgt de redenering van de kredietnemers, en dat vonnis wordt in hoger beroep bevestigd. Volgens de appelrechter kan de bank geen andere wisselkoers toepassen bij de aflossing van de lening dan bij de vrijgave van die lening, doordat de bank geen financiële diensten met betrekking tot de aankoop of verkoop van vreemde valuta verstrekt aan de kredietnemers. Die rechter oordeelt bovendien dat het betwiste beding niet duidelijk en begrijpelijk is, aangezien men uit dat beding niet kan afleiden om welke reden het verschil in de gehanteerde wisselkoers (namelijk de aankoopkoers bij de vrijgave *vs.* de verkoopkoers bij de aflossing) gerechtvaardigd zou zijn.

De bank tekent cassatieberoep aan. Zij meent dat het beding een kernbeding is waardoor de eventuele oneerlijkheid van dat beding in de zin van § 209 Hongaars BW niet moet worden onderzocht. Zij argumenteert dat het vermelde beding haar in staat stelt om inkomsten te behalen die de tegenprestatie vormen voor de lening in vreemde valuta en om haar kosten te kunnen dekken die verbonden zijn aan de aankoop van vreemde valuta. Volgens de kredietnemers moet het beding wel op zijn oneerlijkheid worden getoetst en is het bovendien niet duidelijk. De bank is van mening dat de duidelijkheidstoets in dit geval niet kan worden doorgevoerd, aangezien pas ná de totstandkoming van de overeenkomst de vereisten van duidelijkheid en begrijpelijkheid in § 209 Hongaars BW werden opgenomen.

De *Kúria* stelt naar aanleiding van die discussie enkele vragen aan het Hof. Ten eerste wenst die rechter van het Hof te vernemen of een beding zoals het betwiste beding onder een van de uitzonderingen van art. 4 lid 2 richtlijn 93/13⁷ valt. De rechter vraagt meer bepaald of een dergelijk beding onder het begrip “bepaling van het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst” valt en indien dat niet het geval is, of het verschil qua wisselkoers een vergoeding vormt waarvan de gelijkwaardigheid met de verrichte dienst niet kan worden onderzocht om de eventuele oneerlijkheid te beoordelen. Ten tweede rijst de vraag naar de invulling van het transparantiegebod. Vereist dat gebod, indien het van toepassing is in deze zaak, dat een beding op zichzelf voor de consument grammaticaal duidelijk en begrijpelijk is, of moeten bovendien de economische redenen die ten grondslag liggen aan een beding duidelijk en begrijpelijk zijn? Tot slot vraagt de rechter

⁶ Eigen cursivering – FP.

⁷ Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *Pb.L.* 95, 21 april 1993, 29.

zich af of het verbod voor de rechter om een oneerlijk beding te herzien tot gevolg heeft dat een nationale regel van aanvullend recht een oneerlijk beding niet kan vervangen om die oneerlijkheid te verhelpen.

3. *Uitspraak Hof* – Het Hof splitst het antwoord op de eerste vraag op in twee delen. Het eerste heeft betrekking op de vraag of de nationale rechter het betwiste beding als een “bepaling van het eigenlijke voorwerp” dient te beschouwen; het tweede heeft betrekking op de vraag of het beding dient te worden beschouwd als een “vergoeding” waarvan de gelijkwaardigheid als tegenprestatie voor een prestatie die de bank heeft geleverd, niet kan worden beoordeeld op basis van art. 4 lid 2 richtlijn 93/13. Het Hof brengt bij de beantwoording van de eerste deelvraag in herinnering dat het uitsluitend aan de nationale rechter toekomt om te oordelen of het betwiste beding onder het “eigenlijke voorwerp van de [lenings]overeenkomst” valt.⁸ Daarbij dient de nationale rechter rekening te houden met de aard, de algehele opzet en de voorwaarden van de leningsovereenkomst, en de juridische en feitelijke context van de overeenkomst.⁹ Dat belet niet dat het Hof bevoegd is om criteria aan te duiden om die vraag te beantwoorden. Volgens het Hof moet art. 4 lid 2 richtlijn 93/13 strikt worden uitgelegd, omdat het een uitzondering vormt op de principiële inhoudelijke toetsing van oneerlijke bedingen.¹⁰ Enkel bedingen die de *kern* van de prestaties van de overeenkomst bepalen, vallen naar de mening van het Hof onder het begrip “eigenlijk voorwerp van de overeenkomst”.¹¹ Bedingen die daarentegen slechts een *aanvulling* zijn op bedingen die de kern van de prestaties bepalen, kunnen niet onder dat begrip worden begrepen. Wat de tweede deelvraag betreft, komt het Hof tot de slotsom dat het betwiste beding geen “vergoeding” vormt waarvan de gelijkwaardigheid niet kan worden getoetst, aangezien de bank geen wisseldienst verstrekt bij de berekening van de aflossingen.¹²

Wat de tweede vraag betreft, gaat het Hof eerst na of het transparantiegebod wel van toepassing is op de onderhavige overeenkomst. De Hongaarse wetgever had dat vereiste uit richtlijn 93/13 immers niet in nationale bepalingen omgezet op het moment dat de betwiste overeenkomst werd gesloten. Op basis van het beginsel van conforme uitlegging is de nationale rechter volgens het Hof verplicht om zijn nationale recht zoveel mogelijk uit te leggen in het licht van de bewoordingen en doelstellingen van richtlijn 93/13, zodat het beoogde resultaat van die richtlijn kan worden bereikt. Het komt uiteindelijk aan de nationale rechter toe om te oordelen of hij zijn nationale recht conform kan uitleggen.¹³ Mocht de nationale rechter de Hongaarse bepaling conform kunnen uitleggen, komt de vraag naar de draag-

[695]

wijde van het transparantiegebod aan de orde. Het Hof komt tot het besluit dat een taalkundig en grammaticaal begrijpelijk beding nog niet voldoet aan het transparantiegebod¹⁴ en vereist daarnaast ook dat de (gemiddelde) consument op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de economische gevolgen van het verschil in de gehanteerde wisselkoers kan voorzien.¹⁵

Op de laatste vraag antwoordt het Hof dat een nationale rechter een vernietigd oneerlijk beding mag aanvullen met een nationale bepaling van aanvullend recht, aangezien een dergelijke bepaling ertoe leidt

⁸ Arrest Kásler en Káslerne Rábai, EU:C:2014:282, punt 45.

⁹ Arrest Kásler en Káslerne Rábai, EU:C:2014:282, punt 51.

¹⁰ Arrest Kásler en Káslerne Rábai, EU:C:2014:282, punt 41 en 49.

¹¹ Arrest Kásler en Káslerne Rábai, EU:C:2014:282, punt 49.

¹² Arrest Kásler en Káslerne Rábai, EU:C:2014:282, punt 58.

¹³ Arrest Kásler en Káslerne Rábai, EU:C:2014:282, punt 66.

¹⁴ Arrest Kásler en Káslerne Rábai, EU:C:2014:282, punt 71.

¹⁵ Arrest Kásler en Káslerne Rábai, EU:C:2014:282, punt 75.

dat de overeenkomst, ondanks het nietige beding, toch kan blijven voortbestaan. Mocht een dergelijke aanvulling niet mogelijk zijn, dan zou de consument immers “geconfronteerd kunnen worden met uiterst nadelige consequenties”¹⁶. In dat geval zou de overeenkomst namelijk niet kunnen voortbestaan doordat de te hanteren wisselkoers bij de aflossingen niet zou kunnen worden bepaald. Dat heeft mogelijk tot gevolg dat het gehele nog uitstaande bedrag meteen opeisbaar wordt.¹⁷ Een dergelijk gevolg zou de bank niet meer afschrikken om vage prijsbedingen op te nemen, wat onverenigbaar is met de doelstelling van art. 7 richtlijn 93/13 om een einde te maken aan het gebruik van oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen ondernemingen en consumenten.

II. CONTEXT

4. *Bespreking eerste vraag: art. 4 lid 2 richtlijn 93/13* – Het antwoord op de vraag of het betwiste beding onder het “eigenlijke voorwerp van de overeenkomst” valt, laat het Hof over aan de nationale rechter. Hoewel het Hof zelf aangeeft dat het wél de bevoegdheid heeft om algemene criteria aan te reiken,¹⁸ valt het op dat het Hof daar maar beperkt gebruik van maakt. Bedingen die de kern van de prestaties bepalen, vallen volgens het Hof onder het “eigenlijke voorwerp”, in tegenstelling tot bedingen die slechts een aanvulling zijn op die bedingen.¹⁹ Het valt te betwijfelen of die toelichting de nationale rechter een werkbaar criterium aanreikt om steeds te kunnen bepalen of een beding onder het “eigenlijke voorwerp” valt. Advocaat-generaal WAHL gaat dieper in op de vraag en komt tot de conclusie dat het betwiste beding waarschijnlijk tot het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst behoort.²⁰ Hij komt tot dat besluit omdat “de uitvoering van de overeenkomst geschaad [wordt] wanneer genoemd beding wordt weggelaten”²¹. Hoe dan ook blijft het een delicate aangelegenheid om bedingen die het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst betreffen, de zogenaamde kernbedingen,²² te onderscheiden van andere bedingen.²³ Belgische doctrine meent dat bedingen onder “het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst” vallen als ze de contractuele hoofdstaats²⁴ of de essentiële elementen van de overeenkomst²⁵ bepalen of als ze betrekking hebben op

¹⁶ Arrest Kásler en Káslerne Rábai, EU:C:2014:282, punt 83.

¹⁷ Arrest Kásler en Káslerne Rábai, EU:C:2014:282, punt 84.

¹⁸ Arrest Kásler en Káslerne Rábai, EU:C:2014:282, punt 45.

¹⁹ Arrest Kásler en Káslerne Rábai, EU:C:2014:282, punt 49-51. Zie: arrest Arrest Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, EU:C:2010:309, punt 34. Dit is recent bevestigd in arrest Matei en Matei, C-143/13, punt 54.

²⁰ Conclusie Wahl, EU:C:2014:85, punt 62.

²¹ Conclusie Wahl, EU:C:2014:85, punt 62. In voetnoot vermeldt hij dat de verwijzende rechter bij zijn vraagstelling heeft toegelicht dat de geldigheid en de uitvoering van de overeenkomst zouden worden geschaad als het beding wordt weggelaten.

²² De uitsluiting van dergelijke bedingen, voor zover ze duidelijk en begrijpelijk geformuleerd zijn, is in het nationale Belgische recht opgenomen in art. VI.82, lid 3 (ondernemingen met uitsluiting van beoefenaars van een vrij beroep) en XIV.49, lid 3 (beoefenaars van een vrij beroep) WER. (Vroeger respectievelijk art. 73, lid 3 WMPC en art. 8, lid 2 WOBVB.)

²³ In die zin: I. DEMUYNCK, “De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen” in Y. MERCHERS (ed.), *Consumentenrecht*, Brugge, die Keure, 1998, (49) 77, nr. 35; G. GATHEM en J. LAFFINEUR, “Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les vendeurs et les consommateurs” in *Guide juridique de l'entreprise* 2005, 33, nr. 340; S. STIJNS, “De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998”, *TBH* 2000, (148) 155, nr. 21; P. WERY en G. GATHEM, “Vue d'ensemble sur le régime des clauses abusives de la loi du 14 juillet 1991” in *La protection du consommateur*, Luik, Editions du Jeune Barreau de Liège, 2006, (7) 20, nr. 18.

²⁴ In die zin: E. SWAENPOEL, *Toetsing van het contractuele evenwicht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 511, nr. 869.

²⁵ In die zin: F. BOGAERT en B. VAN BAEVEGHEM, “Contractuele aspecten van de Wet Marktpraktijken” in I. CLAEYS, R. STEENNOT en M. TISON (eds.), *Economisch recht: Ondernemingen, concurrenten en consumenten 2010-2011 - XXXVIIste Postuniversitaire cyclus Willy Delva*, Mechelen, Kluwer, 2011, (1) 30, nr. 89; R. STEENNOT, “Commentaar bij art. 73 W. 6 april 2010” in *Comm.Handel.* 2012, nr. 13. De essentiële elementen van de overeenkomst zijn volgens hen die elementen die voor het bestaan van de overeenkomst onmisbaar zijn, zoals bedingen over de prijs, de aard, de omvang, de kwaliteit en kwantiteit van de te verrichten prestatie: *ibid.*

elementen zonder dewelke de overeenkomst objectief niet tot stand kan komen²⁶.²⁷ Bedingen die slechts modaliteiten van derge-

[696]

lijke prestaties bevatten, zijn daarentegen geen kernbedingen.²⁸ Dat onderscheid is in elk geval verenigbaar met bepaalde rechtspraak van het Hof die bedingen in verband met de moratoire interest²⁹ en bedingen die voorzien in aanpassingsmechanismen voor de extra kosten³⁰ niet tot het “eigenlijke voorwerp” rekent.³¹ Toegepast op het beding in de voorgelegde zaak betekent dit dat het beding wellicht zou worden beschouwd als een (in principe ontoetsbaar) kernbeding. Zonder dat beding zou men immers niet kunnen bepalen tot wat partijen gehouden zijn. Het transparantiegebod tempert echter het belang van de vraag of het hier een kernbeding betreft, aangezien intransparante kernbedingen eveneens kunnen worden getoetst.³² Een tweede tempering van de principiële ontoetsbaarheid van kernbedingen volgt uit de minimale harmonisatie die richtlijn 93/13 doorvoert.³³ Lidstaten kunnen bijgevolg ook wat dit betreft in een hoger niveau van consumentenbescherming voorzien.³⁴ Zo biedt bijvoorbeeld het Spaanse recht een dergelijke, meer verregaande bescherming en maakt het de inhoudelijke controle van duidelijke en begrijpelijke kernbedingen in bepaalde omstandigheden en in bepaalde mate mogelijk.³⁵

²⁶ I. DEMUYNCK, “Bedingen tot bepaling van de dekkingsomvang in verzekeringsovereenkomsten: toetsbaar (onrechtmatig) beding of ontoetsbaar kernbeding?”, *TBBR* 2002, afl. 7, (413) 420, nr. 26.

²⁷ G. GATHEM en J. LAFFINEUR, “Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les vendeurs et les consommateurs” in *Guide juridique de l'entreprise* 2005, 33, nr. 330. Voor een analyse van de Nederlandse en Duitse invulling van ‘kernbedingen’, zie: I. DEMUYNCK, “Bedingen tot bepaling van de dekkingsomvang in verzekeringsovereenkomsten: toetsbaar (onrechtmatig) beding of ontoetsbaar kernbeding?”, *TBBR* 2002, afl. 7 (413) 414-419.

²⁸ I. DEMUYNCK, “De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen” in Y. MERCHERS (ed.), *Consumentenrecht*, Brugge, die Keure, 1998, (49) 77, nr. 35; G. GATHEM en J. LAFFINEUR, “Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les vendeurs et les consommateurs” in *Guide juridique de l'entreprise* 2005, 33, nr. 330; R. STEENNOT, “Commentaar bij art. 73 W. 6 april 2010” in *Comm.Handel.* 2012, nr. 13; S. STIJNS, “De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998”, *TBH* 2000, (148) 155, nr. 21; E. SWAENPOEL, *Toetsing van het contractuele evenwicht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 512-513, nr. 871 en de verwijzingen in vn. 2485. Zij vermelden als voorbeelden van modaliteiten o.a. bedingen die de prijs verhogen, aansprakelijkheidsregelingen bevatten, de leveringstermijn of interesten bepalen: *ibid.*

²⁹ Zie het betwiste beding in arrest Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349. Dat beding voorzag in een moratoire interestvoet van 29%. In dit arrest oordeelt het Hof nergens expliciet dat een dergelijk beding geen kernbeding is, maar dit volgt impliciet wel uit het oordeel van het Hof. De richtlijn verzet zich namelijk volgens het Hof tegen een regeling waarbij de rechter niet ambtshalve het oneerlijke karakter van een dergelijk beding mag onderzoeken in het kader van een betalingsbevelprocedure (punt 57).

³⁰ Arrest Invitel, C-472/10, EU:C:2012:242, punt 23. Het beding gaf de onderneming de mogelijkheid om eenzijdig de kosten te wijzigen die met de te verrichten dienst verbonden waren, zonder een wijzigingsreden of een vaststellingswijze van de kosten te moeten vermelden.

³¹ Aan de lijst van bedingen die in beginsel niet onder de uitsluiting van art. 4, lid 2 richtlijn 93/13 vallen, heeft het Hof recent nog enkele bedingen toegevoegd, nl. bedingen die voorzien in een “risicoprovisie” voor de kredietgever en bedingen die de kredietgever onder bepaalde voorwaarden machtigen om de rentevoet eenzijdig te wijzen. Zie: arrest Matei en Matei, C-143/13, punten 57-71 en 78.

³² Zie: arrest Kásler en Káslerne Rábai, EU:C:2014:282, punt 61 en arrest Matei en Matei, C-143/13, punt 72. P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, Gent, De Boeck & Larcier, 2009, 81, nr. 96; I. DEMUYNCK, “De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen” in Y. MERCHERS (ed.), *Consumentenrecht*, Brugge, die Keure, 1998, (49) 80, nr. 39; G. GATHEM en J. LAFFINEUR, “Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les vendeurs et les consommateurs” in *Guide juridique de l'entreprise* 2005, 35, nr. 360; S. STIJNS, “De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998”, *TBH* 2000, (148) 156, nr. 21; P. WERY en G. GATHEM, “Vue d'ensemble sur le régime des clauses abusives de la loi du 14 juillet 1991” in *La protection du consommateur*, Luik, Editions du Jeune Barreau de Liège, 2006, (7) 22, nr. 20.

³³ Art. 8 richtlijn 93/13.

³⁴ Arrest Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, EU:C:2010:309, punt 40. Recent heeft het Hof dit (nogmaals) bevestigd: zie arrest Unicaja Banco SA, gevoegde zaken C-482/13, C-484/13, C-485/13 en C-487/13, EU:C:2015:21, punt 42.

³⁵ Zo beperkt de *Ley 1/2013 de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social* (wet 1/2013 inzake maatregelen ter verbetering van de bescherming van hypothecaire schuldenaars, schuldsanering en sociale huur) de maximaal toegelaten moratoire interest bij hypothecaire leningen en kredieten tot drie maal de wettelijke interestvoet (art 3 lid 2 van de vermelde wet).

De ratio achter de uitsluiting van ‘vergoedingen’ die de gelijkwaardigheid van de prijs of vergoeding aan de ene kant en de tegenprestatie aan de andere kant betreffen, is volgens het Hof en de advocaat-generaal te vinden in de afwezigheid van tabellen of juridische criteria die nodig zijn om dergelijke bedingen op hun oneerlijkheid te kunnen toetsen.³⁶ Opdat een beding onder die uitzondering kan vallen, is het dus vereist dat er een rechtstreeks verband is tussen het verschil in aan- en verkoopkoers en de kwaliteit van de geleverde dienst.³⁷ Dat verband lijkt uitgesloten, aangezien het verschil in aan- en verkoopkoers fluctueert zonder enige impact op de geleverde dienst.³⁸ Dat heeft tot gevolg dat het vermelde beding geen gelijkwaardige tegenprestatie inhoudt en bijgevolg in ieder geval niet onder de tweede uitsluitingsgrond van art. 4 lid 2 richtlijn 93/13 valt.

5. *Bespreking tweede vraag: invulling transparantiegebod* – Door te oordelen dat een consument op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de economische gevolgen van een bepaald beding moet kunnen voorzien,³⁹ geeft het Hof een ruime invulling aan het transparantiegebod. Met dit arrest knoopt het Hof aan bij eerdere rechtspraak die het transparantiegebod uit art. 5 richtlijn 93/13 een gelijkaardige invulling heeft gegeven.⁴⁰ Wanneer men die verregaande invulling in een breder perspectief plaatst, valt het op dat het Hof op deze manier aan rechterlijke rechtsontwikkeling doet. De invulling die het Hof aan het transparantiegebod geeft, overstijgt namelijk het vraagstuk van de inhoudelijke toetsing van een welbepaald contractueel beding. De gegeven invulling komt er in essentie op neer dat het Hof een (initieel) onduidelijkheidsverbod omvormt tot een algemene

[697]

precontractuele informatieverplichting ten laste van de onderneming.⁴¹⁻⁴² De keuze van het Hof om een louter grammaticaal begrijpelijk beding nog niet *ipso facto* ook ‘transparant’ te achten, vindt zijn verantwoording in de doelstelling van het transparantiegebod. Dat gebod zou in vele gevallen immers zinledig worden wanneer een taalkundige en grammaticale duidelijkheid zou volstaan.⁴³

Bij het antwoord van het Hof op de tweede vraag valt het overigens op dat het Hof niet helemaal antwoordt op de vraag zoals het die had geherformuleerd. Volgens het Hof wenste de rechter te vernemen of (onder andere) tevens “*de economische redenen voor de toepassing van het contractuele beding*”⁴⁴ duidelijk en begrijpelijk moeten zijn. In zijn antwoord⁴⁵ rept het Hof niet over de economische redenen die de bank zou kunnen hebben om dat beding te gebruiken, maar bekijkt het louter de gevolgen die dat beding voor de

³⁶ Arrest Kásler en Káslerne Rábai, EU:C:2014:282, punt 55 en arrest Matei en Matei, C-143/13, punt 55; Conclusie Wahl, EU:C:2014:85, punt 69. In die zin ook: M. SCHILLIG, “Directive 93/13 and the ‘Price Term Exemption’: A comparative analysis in the light of the ‘Market for Lemons’ rationale”, *International & Comparative Law Quarterly* 2011, (933) 947.

³⁷ Conclusie Wahl, EU:C:2014:85, punt 71.

³⁸ Conclusie Wahl, EU:C:2014:85, punt 71.

³⁹ Arrest Kásler en Káslerne Rábai, EU:C:2014:282, punt 73; arrest Matei en Matei, C-143/13, punt 74.

⁴⁰ Zie arrest RWE, C-92/11, EU:C:2013:180, punten 44 en 49. Cf. arrest Invitel, EU:C:2012:249, punt 29: daar preciseert het Hof dat de onderneming de consument moet informeren over bepaalde rechten die die laatste heeft op grond van wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen.

⁴¹ In die zin ook: M. RIESENHUBER, noot onder HvJ 30 april 2014, LMK 2014, (358903) 358903 *in fine*. Uitgebreider over die rechtsontwikkeling, zie: H.-W. MICKLITZ en N. REICH, “Von der Klausel- zur Marktkontrolle”, *EuZW* 2013, (457) 460.

⁴² Over de precontractuele informatieverplichtingen in het WER, zie: A. DE BOECK, “General Information Obligations in Belgian (and French) Law of Obligations versus Article 2 of Book VI on ‘Market practices and consumer protection’ in the Belgian Economic Law Code”, *REDC* 2013, (399) 399-413. Over de informatieverplichting in de WMPC, zie: R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT en D. GOENS, *Wet Marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 183 e.v.

⁴³ In die zin ook: M. FERVERS, “Verbraucherrecht: Folgen rechtsmissbräuchlicher Klauseln bei Tilgung von Fremdwährungsdarlehen” (noot onder HvJ 30 april 2014), *EuZW* 2014, (510) 511.

⁴⁴ Arrest Kásler en Káslerne Rábai, EU:C:2014:282, punt 60.

⁴⁵ Zie arrest Kásler en Káslerne Rábai, EU:C:2014:282, punt 75 en dictum. In punt 73 vermeldt het Hof nog wel “de redenen voor het wisselkoersmechanisme”.

consument kan hebben, en of de consument die gevolgen kon inschatten. In *Matei en Matei* combineert het Hof beide vragen voor het ene beding⁴⁶: het Hof stelt namelijk de vraag of (onder andere) de reden voor dat beding transparant is zodat de consument de economische gevolgen kan voorzien.⁴⁷ Voor het andere beding⁴⁸ gaat het Hof enkel na of de redenen voor het gebruik van dat beding transparant zijn.⁴⁹ Op die manier lijkt het Hof beide vragen cumulatief te stellen, om zo hoge eisen aan het transparantiegebod te kunnen stellen. De afwezigheid van de vraag naar de voorspelbaarheid van de gevolgen voor de consument bij het beding over de 'risicoprovisie' hoeft hier niet mee in tegenspraak te zijn. Dat het Hof die vraag bij dat beding niet stelt, kan er misschien op wijzen dat het Hof van oordeel is dat de gevolgen in ieder geval duidelijk zijn (nl. een bepaalde meerkost voor de kredietnemers).⁵⁰ Is een beding volgens het Hof inderdaad maar 'transparant' indien de consument zowel de redenen als de economische gevolgen van een beding kan inschatten, dan moet men vaststellen dat het transparantiegebod erg ruime informatieverplichtingen oplegt aan ondernemingen-kredietverleners. De toekomst zal moeten uitwijzen in welke mate (en op welke wijze) kredietverleners de economische beweegredenen die zij bij het gebruik van bepaalde bedingen hebben, moeten meedelen aan consumenten-kredietnemers.

6. *Bespreking derde vraag: de rol van aanvullend recht* – Met het antwoord op de derde vraag heeft het Hof een verfijning aangebracht aan het verbod voor een nationale rechter om een oneerlijk beding te herzien ('herzieningsverbod'). In het verleden heeft het Hof met enkele arresten⁵¹ geoordeeld dat art. 6 lid 1 richtlijn 93/13 zich verzet tegen een nationale bepaling die de nationale rechter toestaat om een overeenkomst aan te vullen door de inhoud van een oneerlijk bevonden beding te herzien.⁵² Volgens het Hof zou de langetermijndoelstelling van art. 7 richtlijn 93/13 (namelijk om een eind te maken aan het gebruik van oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen ondernemingen en consumenten) mogelijk in het gedrang komen wanneer nationale rechters een herzieningsbevoegdheid zouden hebben.⁵³ Het Hof meent dat de loutere niet-toepassing van oneerlijke bedingen een afschrikkende werking heeft jegens ondernemingen en dat een herzieningsbevoegdheid die afschrikkende werking uitschakelt of minstens vermindert, aangezien ondernemingen niets te verliezen hebben bij het gebruik van oneerlijke bedingen: een mogelijke aanvulling van de overeenkomst zou het belang van de onderneming immers dienen.⁵⁴ In tegenstelling tot wat het Hof in *Banco Español de Crédito* en *Asbeek Brusse* heeft geoordeeld, verzet art. 6 lid 1 richtlijn 93/13 zich in dit concrete geval niet tegen een aanvulling van de overeenkomst door een bepaling van aanvullend recht. Waar in beide eerdere gevallen de loutere schrapping van het oneerlijke beding geen gevolgen had voor het voortbestaan van de overeenkomst,⁵⁵ dreigden in de voorgelegde zaak

[698]

⁴⁶ Nl. het beding de kredietgever machtigt om de rentevoet eenzijdig te wijzigen.

⁴⁷ Arrest *Matei en Matei*, C-143/13, punt 74.

⁴⁸ Nl. het beding dat in een 'risicoprovisie' voorziet.

⁴⁹ Arrest *Matei en Matei*, C-143/13, punt 77.

⁵⁰ Die meerkost blijkt neer te komen op € 1 397,17 (voor het ene krediet) en CHF 39 955,98 (voor het andere krediet): zie arrest *Matei en Matei*, C-143/13, punt 28.

⁵¹ Namelijk arresten *Banco Español de Crédito* (C-618/10, EU:C:2012:349) en *Asbeek Brusse* (C-488/11, EU:C:2013:341).

⁵² Zie arrest *Banco Español de Crédito*, EU:C:2012:349, punt 73 en arrest *Asbeek Brusse*, EU:C:2013:341, punten 57-59.

⁵³ Arrest *Kásler en Káslerne Rábai*, EU:C:2014:282, punten 78-79; arrest *Banco Español de Crédito*, EU:C:2012:349, punt 69; arrest *Asbeek Brusse*, EU:C:2013:341, punt 58.

⁵⁴ Arrest *Kásler en Káslerne Rábai*, EU:C:2014:282, punt 79; arrest *Banco Español de Crédito*, EU:C:2012:349, punten 66-69; arrest *Asbeek Brusse*, EU:C:2013:341, punt 58.

⁵⁵ Het betrof immers een schadebeding (*Asbeek Brusse*) en een beding dat de moratoire interesten bepaalde (*Banco Español de Crédito*).

zware negatieve gevolgen voor de consument indien het betwiste beding zou worden vernietigd. Volgens het Hof en advocaat-generaal WAHL zou de nietigverklaring van het beding kunnen leiden tot de nietigverklaring van de overeenkomst, wat op haar beurt in beginsel⁵⁶ tot gevolg heeft dat het gehele nog verschuldigde bedrag van de lening onmiddellijk opeisbaar wordt.⁵⁷ In dit concrete geval lijkt toestaan dat het (nietige) beding door aanvullend recht wordt vervangen, het minste kwaad te zijn. Zowel de vervanging als de niet-vervanging heeft (in de redenering van het Hof) als nadeel dat er geen afschrikkende werking uitgaat van het buiten toepassing laten van het oneerlijke beding. Vervangt men het beding, dan zouden ondernemingen geen reden hebben om rechtmatige bedingen op te nemen.⁵⁸ Vervangt men het beding niet en kan de overeenkomst niet meer voortbestaan, dan zouden ondernemingen in dergelijke situaties mogelijk evenmin worden afgeschrikt. De onmiddellijke opeisbaarheid van het nog uitstaande bedrag zou immers eerder de belangen van de consument schaden dan die van de onderneming.⁵⁹ De vervanging door aanvullend recht heeft als voordeel dat de mogelijk zware gevolgen voor de consument worden vermeden, en krijgt daarom de voorkeur van het Hof.

Het Hof heeft in dit arrest geen uitspraak gedaan over het lot van de overeenkomst wanneer een specifieke aanvullende wetsbepaling ontbreekt.⁶⁰ Kan een nationale rechter, bij gebrek aan specifieke bepaling, de gevolgen van de nietigheid ondervangen door een beroep op de (aanvullende werking van de) goede trouw? Is bijvoorbeeld art. 1135 BW een “nationale bepaling van aanvullend recht” in de zin van de vermelde rechtspraak? Naar mijn mening moet men die vraag positief beantwoorden en is er geen reden om de aanvullende werking van de goede trouw anders te behandelen dan specifieke voorschriften die aanvullend kunnen werken.⁶¹⁻⁶² Ten eerste kan die aanvullende werking net als een specifiek voorschrift bijdragen tot de doelstelling van richtlijn 93/13, aangezien zij tot gevolg heeft dat een overeenkomst ondanks de schrapping van een oneerlijk beding toch kan blijven voortbestaan.⁶³ Ten tweede is er ook geen inhoudelijk onderscheid tussen specifieke aanvullende wetsbepalingen en de aanvullende werking van de goede trouw: de rechtsgevolgen die aan beide figuren verbonden zijn, zijn dezelfde.

⁵⁶ Naar Belgisch recht zou men eventueel een beroep kunnen doen op art. 1244, lid 2 BW om respijtermijnen te verlenen. Specifiek voor consumentenkredieten zou ook (een ruim geïnterpreteerd) art. VII.107 WER (art. 38 WCK) een uitweg kunnen bieden. In die zin ook: S. GEIREGAT, “Verfijning van de transparantievereiste en duiding van de rol van aanvullend nationaal recht in het E.U.-recht inzake oneerlijke bedingen” (noot onder HvJ 30 april 2014), *TBBR* 2015, (te verschijnen) nr. 20 *in fine*.

⁵⁷ Arrest Kásler en Káslerne Rábai, EU:C:2014:282, punten 83-84; Conclusie Wahl, EU:C:2014:85, punt 98.

⁵⁸ Zie de verwijzingen in vn. 54.

⁵⁹ Arrest Kásler en Káslerne Rábai, EU:C:2014:282, punt 84; Conclusie Wahl, EU:C:2014:85, punt 102.

⁶⁰ De verwijzende rechter nodigde het Hof nochtans wel daartoe uit: zie arrest Kásler en Káslerne Rábai, EU:C:2014:282, punt 35, 3).

⁶¹ Cf. H.-W. MICKLITZ en N. REICH, “Luxemburg ante portas - jetzt auch im deutschen ‘runderneuerten’ AGB-Recht?” in P. MANKOWSKI en W. WURMNEST (eds.), *Festschrift für Ulrich Magnus*, München, sellier, 2014, (631) 634-636: zij menen dat de matiging van een onrechtmatig beding (*geltungserhaltende Reduktion*) op dezelfde manier dient te worden behandeld als de rechterlijke aanvulling van de leemte door middel van de zogenaamde *ergänzende Vertragsauslegung* (wat neerkomt een rechterlijke aanpassing van de overeenkomst op basis van wat partijen vermoedelijk gewild zouden hebben). *Contra* BGH 23 januari 2013, *NJW* 2013, 991: het Bundesgerichtshof oordeelt in dat arrest dat er wel degelijk een verschil is tussen beide rechtsfiguren (punt 26) en concludeert (zonder de nodige prejudiciële vraag aan het Hof te stellen) dat richtlijn 93/13 zich niet verzet tegen een aanvulling op basis van de *ergänzende Vertragsauslegung* (punt 27). Zie over die rechtsfiguur ook: I. DEMUYNCK, *De inhoudelijke controle van onrechtmatige bedingen*, onuitg. doctoraal proefschrift RUG, 2000, 740-745.

⁶² Cf. de betwiste aanvullende regeling in arrest Banco Español de Crédito, EU:C:2012:349. Art. 1258 *Código civil* luidt als volgt: “*Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.*” (“Overeenkomsten komen tot stand door loutere wilsovereenstemming en verbinden vanaf hun totstandkoming niet alleen tot nakoming van hetgeen uitdrukkelijk is overeengekomen, maar ook tot alle gevolgen die, naar hun aard, in overeenstemming zijn met de goede trouw, de gewoonte en de wet.”)

⁶³ Cf. arrest Kásler en Káslerne Rábai, EU:C:2014:282, punt 81.

Een vraag die het Hof in dit arrest evenmin heeft behandeld, is of een aanvulling ook toegelaten is indien die aanvulling niet tot voordeel van de consument strekt, maar wel tot voordeel van de onderneming.⁶⁴ Is het bijvoorbeeld toegelaten dat een onderneming nalatigheidsinteressen tegen de wettelijke interestvoet kan verkrijgen wanneer een oneerlijk beding dat dergelijke Interessen regelt, vernietigd is? Gelet op de uitdrukkelijke bewoordingen die het Hof in het verleden heeft gehanteerd,⁶⁵ komt het niet als een verrassing dat het Hof op 21 januari 2015 heeft geoordeeld dat een aanvulling slechts mogelijk is in situaties waarbij de gehele overeenkomst zou worden vernietigd en de belangen van de consument daardoor zouden worden geschaad.⁶⁶ Op basis van

[699]

die uitspraak lijkt het voor een onderneming bijvoorbeeld niet meer mogelijk om nalatigheidsinteressen tegen de wettelijke interestvoet te verkrijgen wanneer een beding over die Interessen oneerlijk werd bevonden. Het louter buiten toepassing laten van het oneerlijke beding schaadt de consument immers niet.⁶⁷

Daarnaast werpt dit arrest de vraag op hoe de afschrikkende werking van richtlijn 93/13 zich verhoudt tot de afschrikkende werking van richtlijn 2008/48⁶⁸. Waar de afschrikkende werking van richtlijn 93/13 vereist dat het gehele beding wordt vernietigd en slechts kan worden aangevuld indien de niet-aanvulling de belangen van de consument zou schaden, vereist richtlijn 2008/48 slechts dat de bedragen waarop de kredietgever recht heeft na toepassing van de betrokken sanctie, “*beduidend lager zijn*”⁶⁹ dan de bedragen waarop hij recht zou hebben indien de sanctie niet moest worden toegepast.⁷⁰ Het is onduidelijk om welke redenen het Hof niet dezelfde criteria hanteert voor beide richtlijnen. Het verschil in de mate van harmonisatie⁷¹ lijkt me niet relevant te zijn, en ook in de expliciete aanwezigheid van het doel van richtlijn 93/13 om een einde te

⁶⁴ Zie hierover ook: S. GEIREGAT, “Verfijning van de transparantievereiste en duiding van de rol van aanvullend nationaal recht in het E.U.-recht inzake oneerlijke bedingen” (noot onder HvJ 30 april 2014), *TBBR* 2015, (te verschijnen) nr. 33 e.v. en de verwijzingen daar. Enkele auteurs vermoedden reeds op grond van arrest Banco Español de Crédito (EU:C:2012:349, punt 65) dat een onderneming in dergelijke omstandigheden geen beroep meer zou kunnen doen op het gemene recht na vernietiging van een oneerlijk beding om de gevolgen van die vernietiging te milderen. In die zin: P. CAMBIE, “Onrechtmatige bedingen: voortan kleine lettertjes met grote gevolgen?” (noot onder Gent 1 juni 2011), *Jb.Markt.* 2011, (241) 256-257, nr. 17; F. PEERAER, “Het volledige verbod op herziening van onrechtmatige bedingen: de botte bijl van het Hof van Justitie?” (noot onder HvJ 14 juni 2012), *TBBR* 2013, (320) 324-325, nr. 13.

⁶⁵ Het Hof oordeelde immers dat “*de overeenkomst in beginsel, zonder andere wijzigingen dan de schrapping van de oneerlijke bedingen*” moet voortbestaan (voor zover dat mogelijk is): arrest Banco Español de Crédito, EU:C:2012:349, punt 65; arrest Asbeek Brusse, EU:C:2013:341, punt 57.

⁶⁶ Arrest Unicaja Banco SA, EU:C:2015:21, punt 33: “*Deze mogelijkheid [de vervanging door een bepaling van aanvullend recht] is evenwel beperkt tot gevallen waarin door de nietigheid van het oneerlijke beding de rechter verplicht zou zijn om de overeenkomst in haar geheel te vernietigen en de consument daardoor geconfronteerd zou worden met zodanige gevolgen dat hij in zijn belangen zou worden geschaad.*”

⁶⁷ Zie Unicaja Banco SA, EU:C:2015:21, punt 34: “*In de hoofdgedingen kan, onder voorbehoud van nader onderzoek door de verwijzende rechter, de vernietiging van de aan de orde zijnde contractuele bedingen echter geen negatieve gevolgen hebben voor de consument, aangezien de bedragen waarvoor de hypothecaire executieprocedures zijn ingeleid, noodzakelijkerwijs lager zullen zijn doordat zij niet worden verhoogd met de in die bedingen vastgelegde vertragingsrente.*”

⁶⁸ Richtlijn 2008/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2008 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten en tot intrekking van richtlijn 87/102/EEG van de Raad, *Pb.L.* 133, 66 (en rectificaties *Pb.* 2009, *L.* 207, 14; *Pb.* 2010, *L.* 199, 40, en *Pb.* 2011, *L.* 234, 46).

⁶⁹ Arrest LCL Le Crédit Lyonnais, C-565/12, EU:C:2014:190, punt 52.

⁷⁰ Arrest LCL Le Crédit Lyonnais betreft een Franse regeling die de kredietverlener het recht op conventionele rente ontzegt wanneer hij de kredietwaardigheid van de kredietnemer niet heeft beoordeeld (art. L. 311-48, leden 2 en 3 C.cons.). Art. L. 313-3 *Code monétaire et financier* vult dat verlies echter aan door de wettelijke rente toe te passen, in principe verhoogd met vijf punten na het verstrijken van een termijn van twee maanden vanaf de dag waarop de rechterlijke beslissing uitvoerbaar is geworden. Concreet bedroeg de conventionele rente 5,61% en de wettelijke rente verhoogd met vijf punten (na het verstrijken van de vermelde termijn) 5,70%.

⁷¹ Richtlijn 93/13 voorziet immers in een minimumharmonisatie (art. 8 richtlijn 93/13) en richtlijn 2008/48 in een maximumharmonisatie (art. 22 lid 1 richtlijn 93/13).

maken aan het gebruik van oneerlijke bedingen⁷² zie ik geen redelijke verantwoording voor het gemaakte onderscheid. Verdere rechtspraak van (de verschillende kamers van)⁷³ het Hof zal hier uitsluitsel over moeten bieden.

De houding van het Hof tegenover de werking van aanvullend recht na vernietiging en de bevoegdheden van nationale rechters om oneerlijke bedingen inhoudelijk te herzien, is terecht bekritiseerd.⁷⁴ De essentie van die kritiek heeft betrekking op de onaangepastheid van de nietigheidssanctie (of eender welke andere vorm van niet-verbindendheid) om een afschrikkende sanctie te vormen die ondernemingen op een evenredige wijze ontraadt om oneerlijke bedingen te hanteren. Het Hof maakt gebruik van een dergelijke sanctie om de ontradende doelstelling van richtlijn 93/13 te verwezenlijken, hoewel de nietigheidssanctie zich daar niet toe leent. De nietigheidssanctie heeft in consumentenovereenkomsten immers noodzakelijk tot gevolg dat de rechtspositie van zowel consument als onderneming wordt gewijzigd. Wanneer een oneerlijk interestbeding in zijn geheel wordt vernietigd (negatief gevolg voor de onderneming), wordt de consument minstens deels bevrijd van zijn verplichting om de contractueel bedongen interest te betalen (positief gevolg voor de consument). De ontradende doelstelling van richtlijn 93/13 is daarentegen beperkt tot de rechtspositie van de onderneming. Men wil immers (enkel) een bepaald gedrag van de onderneming bestraffen, zonder dat men de consument daarbij dient te betrekken. Wil men in geschikte sancties voorzien om ondernemingen te ontraden om oneerlijke bedingen te hanteren, moet men sancties gebruiken die enkel een impact hebben op ondernemingen, zoals bepaalde dwangsommen, bestuursrechtelijke of strafrechtelijke boetes ... Om de gebreken⁷⁵ van de nietigheid te ondervangen, heeft het Hof onterecht de toepassing van de nietigheid uitgebreid tot het gehele oneerlijke beding. Om de afschrikkende werking van richtlijn 93/13 te vrijwaren, dient het Hof andere sancties dan de nietigheid (of eender welke andere vorm van niet-verbindendheid) aan te wenden.

[700]

III. CONCLUSIE

7. Met de huidige uitspraak heeft het Hof van Justitie eerdere rechtspraak bevestigd en verder gepreciseerd. Het Hof heeft evenwel slechts in beperkte mate een criterium aangereikt dat de nationale rechter in staat zou moeten stellen om uit te maken of een contractueel beding al dan niet een kernbeding is. De ruime invulling die het Hof in deze zaak aan het transparantiegebod geeft, kadert in de evolutie naar een precontractuele informatieverplichting die de toetsing van concrete bedingen overstijgt. Met zijn derde

⁷² Art. 7 lid 1 richtlijn 93/13: “De Lid-Staten zien erop toe dat er in het belang van de consumenten alsmede van de concurrerende verkopers, doeltreffende en geschikte middelen bestaan om een eind te maken aan het gebruik van oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen consumenten en verkopers.”

⁷³ De rechtspraak met betrekking tot de vraag naar de rol van aanvullend recht werd in het kader van richtlijn 93/13 geveld door de eerste kamer (arresten Banco Español de Crédito, EU:C:2012:349; Asbeek Brusse, EU:C:2013:341; Unicaja Banco SA, EU:C:2015:21), terwijl de afschrikkende werking van richtlijn 2008/48 werd behandeld door de vierde kamer (arrest LCL Le Crédit Lyonnais, EU:C:2014:190).

⁷⁴ Zie: S. GEIREGAT, “Verfijning van de transparantievereiste en duiding van de rol van aanvullend nationaal recht in het E.U.-recht inzake oneerlijke bedingen” (noot onder HvJ 30 april 2014), *TBBR* 2015, (te verschijnen) nr. 36 en de verwijzingen daar. Voor (vehemente) kritiek vanuit het Duitse recht, zie: P. SCHLOSSER, “Todesstoß für ergänzende Vertragsauslegung bei unwirksamen AGB-Bestandteilen in Verbraucherverträgen?” (noot onder HvJ 14 juni 2012), *IPRax* 2012, afl. 6, (507) 507-515; K. UFFMANN, “Vertragsgerechtigkeit als Leitbild der Inhaltkontrolle - Der BGH und die ergänzende Vertragsauslegung”, *NJW* 2012, (2225) 2230 en de verwijzingen daar. Zie ook: F. PEERAER, “Het volledige verbod op herziening van onrechtmatige bedingen: de botte bijl van het Hof van Justitie?” (noot onder HvJ 14 juni 2012), *TBBR* 2013, (320) 328-331, nrs. 21-24.

⁷⁵ Namelijk de afwezigheid van een ontradende werking wanneer de nietigheid slechts inwerkt op het gedeelte van het beding dat onrechtmatig is.

antwoord heeft het Hof een uitzondering gecreëerd op het herzieningsverbod. Hoewel een recente uitspraak dat herzieningsverbod en de toegestane uitzondering bevestigt, rijst de vraag hoe die rechtspraak te rijmen valt met de rechtspraak over richtlijn 2008/48. De kritiek op het categorieke herzieningsverbod nodigt het Hof in elk geval uit om een meer genuanceerde houding aan te nemen tegenover nationaal recht dat de rechter de bevoegdheid verleent om een oneerlijk beding in bepaalde omstandigheden, en rekening houdend met de belangen van alle partijen, te herzien.